

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CELERIDADE PROCESSUAL À LUZ DO DIREITO COMPARADO

ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ E ORDONNANCE SUR REQUÊTE

Jaime Luiz Vicari*

Em sua conhecida obra *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, René David (2002, p. 16 e 17) agrupou os vários ordenamentos jurídicos existentes no mundo ocidental em três grandes “famílias”, denominando-as de “romano-germânica”, também dita “continental”, vigente em Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Benelux, Escandinávia e países por essas nações colonizados; “*common law*”, na Grã-Bretanha (excetuada a Escócia, que adota a “*civil law*”) e países que foram por ela colonizados; e “socialista”, para os Estados que, então, adotavam essa forma de governo (Rússia e o assim chamado *Leste Europeu*).

Ressalte-se que existem outros ramos ou famílias de direito, o que é reconhecido por René David, como o direito muçulmano, por exemplo. Contudo, esses demais sistemas legislativos não são tidos, propriamente, como integrantes do chamado “mundo ocidental”.

Embora o direito francês pertença ao mesmo ramo ou à mesma família em que se abrigam os direitos português e brasileiro, romano-germânico pois, a verdade é que ele sempre manteve peculiaridades que lhe emprestam feições muito próprias. Em França, por exemplo, inexistente o chamado *judicial review* (controle judicial da constitucionalidade das leis), contrariamente ao que ocorre no Brasil, Portugal ou na Alemanha, respeitadas as peculiaridades

* Juiz de Direito de Segundo Grau, integrante da Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

de cada um desses Estados. A França tem um sistema próprio em que o controle da constitucionalidade é político e não jurisdicional, sendo realizado pelo chamado *Conseil Constitutionnel*, que não é órgão do Poder Judiciário. Como lembra Sacha Calmon Navarro Coelho (1999, p. 102), “surtem as Cortes Constitucionais, ao lado da trindade dos Poderes, com a função de aferir a fidelidade das leis aos textos constitucionais, com maior ou menor elastério, dependendo do local”.

O estudo do direito comparado é de vital importância para compreender a evolução dos diversos institutos de cada ordenamento jurídico, mormente para quem, como nós, atravessa a segunda década de minirreformas ou reformas pontuais do processo civil, que parecem não mais ter fim.

Eduardo J. Couture (1955, p. 38) ensina que

a comparação é um simples instrumento da compreensão. Não existe conhecimento efetivo que não seja mediante comparação. Porém, não há comparação efetiva que não seja caracterizada por ser uma das mais generosamente dotadas de vozes gêmeas em língua castelhana. O direito que não compreende, não sabe e nem apreende. Compreender, dizia o poeta, é, em última palavra, distinguir o belo do vulgar, não o vulgar do belo¹.

O estudo do direito comparado pode, igualmente, fornecer subsídios ou alternativas para enfrentar os desafios da *jurisdição de massa* e da afluência cada vez maior das pessoas e entidades aos pretórios assim como de outro fenômeno da vida hodierna: a chamada *civilização de urgência* ou, permitida a *blague*, a civilização do *fast-food*.

O procedimento comum, porque dotado de cognição plena e exauriente, seja no plano horizontal, seja no plano vertical, é denominado por Elio Fazzalari (1989, p. 114) de “o arquétipo dos procedimentos jurisdicionais civis”. Por meio dele é possível, como lembra Victor Fairén Guillén (1953, p. 53), “acabar para sempre com o litígio entre as partes”, porque a elas se permite “maior extensão no desenvolvimento de suas pretensões”, bem como maior amplitude dos “sistemas de defesa”.

1 “La comparación es un simples instrumento de la comprensión. No hay efectivo conocimiento que no sea comparativo. Pero no hay efectiva comparación que no sea caracterizada por ser una de las más generosamente dotadas de voces gemelas en lengua castellana. El derecho que no comprende, no sabe ni apreende. Compreender, decía el poeta es en último término, advertir lo bello de lo vulgar y no el vulgar de lo bello” (COUTURE, 1955. p. 38, tradução livre do autor).

A antecipação de tutela genérica do artigo 273², a específica dos artigos 461 e 461-A³ do nosso Código de Processo Civil e a fungibilidade, *esta de mão única* – embora seja perfeitamente possível a adoção de provimentos cautelares dentro de um processo de conhecimento, a recíproca não se mostra verdadeira dada a absoluta incompatibilidade da natureza de uma e de outra dessas tutelas com a devida vênua –, prevista no § 7º do artigo 273, introduzidas no Código de 1973, assim como recentes alterações no processamento do agravo⁴, recomendam que se examinem as providências adotadas pelos legisladores de outros países, em especial os da nossa família romano-germânica, para fazer frente à já referida *civilização de urgência* em que vivemos.

O Código de Processo Civil de Portugal, por exemplo, agrupa as demandas de urgência, a que chama “procedimentos cautelares especificados”, nos artigos 393 a 427. Neles encontram-se a restituição provisória da posse, a suspensão das deliberações sociais, os alimentos provisórios, o arbitramento de reparação provisória, o arresto, o embargo de obra nova e o arrolamento. O *Codice di Procedura Civile*, por igual, disciplina, a partir do artigo 737, no Livro IV, os chamados *provvedimenti speciali*. Na Espanha, por força de reforma procedida no ano de 2000⁵ em sua *Ley de Enjuiciamiento Civil*, há igualmente a previsão, nos artigos 437 a 447, de um procedimento rápido, porém plenário, e que, de regra, faz coisa julgada, denominado *del juicio verbal*, assemelhando-se, por assim dizer, aos procedimentos dos nossos juizados especiais cíveis.

Entre nossos vizinhos, o *Codigo General del Proceso de la Republica Oriental del Uruguay* contempla os procedimentos cautelares de urgência nos artigos 311 a 317.3, e contém no artigo 317 a previsão do ajuizamento de medidas *provisionales y anticipadas*, com deflagração de ofício.

Na verdade observa-se que, diante do desafio comum, a civilização de urgência, esse *conflitto brutale* como assinala Tarzia (1985, p. 25), os diversos países que adotam o sistema romano-germânico passaram a utilizar-se de ferramentas processuais variadas, todas, porém, tendentes a imprimir maior celeridade ao feito, com as consequências de alargamento dos poderes concedidos ao juiz na condução do processo e do contingenciamento das atividades da defesa.

2 Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

3 Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.

4 Lei n. 11.187, em vigor a contar de 20 de janeiro de 2006.

5 Ley 1/2000, de 7 de janeiro do mesmo ano.

Aborda-se aqui e de forma ligeira, sem maiores pretensões que dar breve notícia sobre o tema, o que fez a França em seu *Nouveau Code de Procédure Civile* acerca dos provimentos de urgência.

O *Code de Procédure Civile*, com as alterações implementadas pela Lei n. 2.000-916, de 19 de setembro de 2000, nos artigos 484⁶ a 492 e 493⁷ a 498, normatiza procedimentos céleres e de pronta eficácia para o jurisdicionado, a que denomina *ordonnance de référé* e *ordonnance sur requête*.

Trata-se de pleitos de urgência em que fica postergado ou eventualmente até suprimido o contraditório interno, isto é, dentro daquele procedimento, e que permitem obter, sem maior demora e mesmo, em alguns casos, sem assistência de advogado, uma provisão judicial que atenda à situação de premência exposta pela parte.

A doutrina francesa construiu que esse tipo de providência pode albergar toda e qualquer pretensão baseada na existência de uma obrigação *n'est pas sérieusement contestable*⁸, ou seja, aquela situação em que se evidencia o direito líquido e certo, para usarmos de expressão corrente no foro e de entendimento pacificado entre nós.

É importante lembrar que, em Congresso de Direito Processual realizado em Porto Alegre, no início da década de oitenta, o eminente Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva (1983) advogava a introdução de providências semelhantes em nosso ordenamento jurídico, com a extensão da possibilidade de concessão de *liminares* a todas as hipóteses em que se verificassem urgência e verossimilhança.

Em França, esse tipo de expediente tanto pode ser requerido ao presidente do *tribunal de instância* como do *tribunal de grande instância*.

6 Artigo 484 – “*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”.

“O mandado (ordem) de um processo sumário é uma decisão provisória, proferida a pedido de uma parte, presente a outra ou não, no caso em que a lei confere a um juiz que não é provocado (chamado) ao processo principal, o poder de ordenar (prescrever/determinar) imediatamente as medidas necessárias” (Tradução feita, a pedido do autor, pelo Des. Volnei Carlin, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

7 Artigo 493 – “*L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*”.

“O decreto (mandado) provocado (originado) de petição (requerimento) constitui uma decisão provisória proferida sem contraditório no caso onde o requerente está fundado (propenso, tem razões para) a não chamar a parte contrária” (Tradução feita, a pedido do autor, pelo Des. Volnei Carlin, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

8 “Não seja seriamente contestável” (tradução livre do autor).

Cuida-se, como dito, de tutelas de urgência, admissíveis em casos emergenciais, como perícias e constatações; medidas conservatórias ou de entrega de coisa em casos de perigo iminente; medidas para fazer cessar constrangimento manifestamente ilegal, como cessação de trabalho e de reconstrução, ainda que na hipótese de resistência com alguma ponderabilidade, e a concessão de alvarás a credores, ainda que consistam na entrega do valor total da soma reclamada.

A *ordonnance de référé*, entre outros efeitos, interrompe a prescrição e conseqüentemente o prazo para o ajuizamento de certo tipo de demandas que seriam entre nós tidas como “a ação principal”.

No caso de vício construtivo de uma casa, por exemplo, o procedimento de indenização deve ser ajuizado, nos termos da lei civil francesa (ainda o velho *Code Napoléon*), dentro do prazo de dez anos do término dos trabalhos, sob pena de perecimento do direito. Mas o interessado poderá deflagrar o *référé* proximamente ao final do décimo ano e assim beneficiar-se de uma dilação temporal para ajuizar o pedido de indenização, equivalente à duração desse procedimento.

Para dar início ao processo urgente, a parte interessada endereça ao magistrado competente o seu pedido, deduzido por escrito e entregue em duas vias no cartório respectivo, em que requer a designação de audiência, a qual, em casos emergenciais, pode ser realizada inclusive aos domingos ou feriados, mas sempre assegurado um prazo razoável para que o adversário possa preparar a defesa *possível* numa cognição deveras sumária.

O próprio requerente examina a lista dos oficiais de justiça disponível em cartório, opta por um deles e fornece-lhe os meios e elementos para que a citação seja procedida com segurança.

As partes comparecem ante o juízo, no dia e hora marcados, ocasião em que são ouvidas informalmente pelo magistrado. Se ausente o demandado, o juiz pode limitar-se a tomar a versão do autor, como em nossas audiências de justificação. Não há propriamente oportunidade para opor uma defesa formal, mas é possível impugnar o *decisum* por meio de recurso à instância superior, recebido no efeito meramente devolutivo, no prazo de quinze dias, salvo se ele foi prolatado pelo primeiro presidente da corte de apelo.

Após, se julgar que há razoabilidade nas afirmações e risco de dano grave, o juiz profere decisão e manda expedir, *incontinenti*, uma *ordonnance de référé*, sob a forma de mandado executivo. Esse provimento é cumprido

imediatamente, na maior parte das vezes, como se fora execução provisória, na forma do artigo 700 do *Code de Procédure*, e sem caução, salvo se o magistrado entender prudente fixá-la.

As medidas determinadas num *référé* são sempre *provisórias* e o *juge de référé* jamais decide sobre o mérito, inócurrenente a *res judicata* nos efeitos desses provimentos. Também não podem ser alteradas as medidas deferidas em *référé*, salvo diante do surgimento de novas circunstâncias de fato (portanto, não há pedido de reconsideração pura e simples, salvo se baseado em fatos supervenientes).

Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 216) refere, em trabalho denominado *A Antecipação de Tutela e sua Estabilização*, abordando o *référé*, que, se o provimento inicial não for impugnado, a ele pode ser atribuída força executiva ou até efeitos de coisa julgada. É relevante assinalar, contudo, que a ilustre professora louva-se em parecer do estudioso do direito processual belga Piet Taelman, enquanto as considerações que ora se fazem dizem respeito ao processo civil francês, com normatização distinta, o que ela acaba por reconhecer à fl. 221 do trabalho mencionado.

Outro ponto a ser destacado é que, contrariamente ao que ocorre entre nós, o magistrado que conhece do *référé* fica afastado do possível exame do *mérito* da questão, pois, conforme se deflui do artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁹, a cognição do exauriente não pode partir

9 "Artigo 6º (*Direito a um processo equitativo*)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo."

de quem desempenhou a cognição do sumário, por serem atividades tidas como incompatíveis para o mesmo julgador. É interessante observar que entre nós a opção do legislador é exatamente a oposta: o juízo da demanda cautelar fica prevento para o processamento do feito principal ou de mérito e o magistrado que antecipa a tutela em cognição sumária será o prolator da sentença, finda a cognição exauriente, salvo os casos de promoção, aposentadoria e assemelhados.

A parte prejudicada pela decisão pode interpor recurso, mas, tendo em conta que o provimento não produz coisa julgada e que ao recurso não se atribui efeito suspensivo, esse apelo é despidido de qualquer utilidade prática.

No curso do *processo principal*, curiosamente e ao reverso do que prevê o artigo 800¹⁰ do nosso Código de Processo Civil, a ser deflagrado por aquele que suportou o procedimento de urgência e não pelo requerente dessa medida, é que irá ser examinada a lide propriamente dita, no sentido que Francesco Carnelutti e o nosso Código de Processo lhe emprestam, podendo o juiz da lide, ou seja, da demanda principal, ditar provimento em sentido oposto àquele prolatado, anteriormente, pelo *juge de référé*.

Diante da resistência da parte requerida pode o magistrado fixar *astreintes*, como forma de impor o cumprimento da decisão, dispondo ainda sobre o reembolso das despesas do processo.

A *ordonnance sur requête*, a sua vez, é decisão provisória tomada sem contraditório, diante de petição fundamentada e entregue em cartório com duas vias e, em caso de urgência, até mesmo na residência do juiz.

Os documentos, tanto de um como de outro desses procedimentos, são mantidos em cartório.

O professor Roger Perrot, referido por Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p. 3-5), diz que, em França, o princípio de jurisdição colegiada de primeiro grau, tradicionalmente seguido, vem sendo substituído, na prática, menos por razões doutrinárias do que por exigências decorrentes do constante crescimento do volume de processos, por juízos monocráticos. É nesse contexto que se redescobriu, inicialmente, como fruto de jurisprudência, convertida em lei no ano 2000, a chamada *jurisdiction de référé*. Ainda conforme Roger Perrot, ela caracteriza-se como uma “jurisdição presidencial”, porque os provimentos de urgência são adotados pelo presidente da corte,

10 Artigo 800 – As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

inicialmente sob forma *provisória* e sem prejuízo da *ação principal*, e mais tarde como medidas francamente satisfativas que não só interferem no mérito da demanda principal, realizando concretamente o direito litigioso, como até o superam, dada a irreversibilidade dos efeitos, tornando supérflua e inútil futura sentença da ação de mérito, ante o fato consumado.

Assinale-se que as observações dos eminentes professores francês e brasileiro são anteriores à edição da Lei n. 2.000-916, de 19 de setembro de 2000, que normatizou a *juridiction de référé*. É mais um caso, dentre tantos, em que, a partir da prática jurisprudencial, alterou-se a legislação de procedimentos. Também é relevante assinalar que as condições socioculturais da França e o constante aumento de feitos subjazem a essas alterações que ditaram o surgimento da *juridiction de référé*.

Como se vê, o legislador gaulês, posto à frente dos desafios que nos são apresentados pela *sociedade do instantâneo* em que vivemos, adotou ritos céleres e desformalizados, até com algum sacrifício da dialética processual, para dar resposta ao jurisdicionado em tempo razoável, como quer o inciso LXXVIII do artigo 5º da nossa Lei Maior.

A eventual adoção de medidas equivalentes no Brasil, o eventual sacrifício maior ou menor no direito de defesa, por evidente, devem levar em conta o grau de desenvolvimento econômico-social, as tradições históricas e culturais e outros elementos de nossa sociedade, que permitam identificar aquilo que, *cum grano salis*, podemos chamar de *volksgeist*.

Mas, afastados os exageros trazidos pelo entendimento equívoco do que realmente apregoavam Cappeletti e Garth (1988), ao falar em *acesso à justiça*, é dever de todos nós, em especial dos operadores do direito, meditar sobre as diversas possibilidades de imprimir maior rapidez à prestação jurisdicional, até porque, como já mencionado, o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil determina que, *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17-1-1973.

BRAUDO, Serge. *Dictionnaire du droit privé*. Disponível em: <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/refere.php>>. Acesso em: 2 mar. 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Fabris, 1988.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Discurso de abertura como decano da Faculdade*, set./out. 1954, Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo: 1955.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L2T3.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2007.

ESTOUP, Pierre. *La pratique des procédures rapides: référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*. Paris: Litec, 1990.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FRANÇA, *Nouveau Code de Procédure Civile: Code de Procédure Civile, Code de L'Organisation judiciaire, Voies d'exécution*. 95. ed. Paris: Dalloz, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A antecipação de tutela e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUILLÉN, Victor Faillen. *El juicio ordinario y los plenarios rapidos*. Barcelona: Boch Casa Editorial, 1953.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004_2.htm>. Acesso em: 6 mar. 2007.

PORTUGAL, *Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

PORTUGAL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Palestra sobre tutela de urgência. In: *I Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, jul. 1983.

TARZIA, Giuseppe. Considerazioni Comparativa sulle Misure Provvisorie nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1985, p. 252.

UNIÃO EUROPÉIA, Conselho da Europa. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Roma, 4. nov. 1950. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-4-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

URUGUAY, *Código General del Processo*. 4. ed. Montevideo: Fundación Cultura Univercitaria, 1944.